

sobre que se pague la pena que se pusso en la transassion y la siguiente y la contraria

25

POR
D. FRANCISCO
FERNANDEZ DE CORDOVA,

CARDONA, Y ARAGON, DVQVE DE Sessa, y Baena, Conde de Cabra, Gran Almirante de Napoles, y Capitan general del mar de aquel Reyno.

EN EL PLEYTO.

CON DON LVYS FERNANDEZ DE Cordoua, Marques de Valençuela.

En Granada, en la Imprenta Real, por Francisco Sanchez, en frente del Hospital del Corpus Christi. Año de 1661.

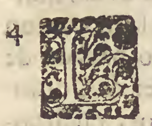


L DVQVE pretende, que por auer contravenido el dicho don Luys Fernãdez de Cordoua, Marques de Valençuela, a la transacion otorgada por el año passado de 1583. entre don Antonio Fernandez de Cordoua, Duque de Sessa, por si, y sus hijos, y descendientes, y sucessores en el Estado de Baena, y Cabra, y en nombre de doña Francisca Fernandez de Cordoua, su tia, y de los suyos, con don Luys Fernandez de Cordoua, Alferez mayor de la ciudad de Granada, por si, y sus descendientes, herederos, y sucessores, y transversales que pudiessen tener derecho al dicho Estado; se le condene en la pena puesta en la dicha transacion; que fue de sesenta mil ducados para la parte obediente; y assi mismo otros veynte mil para la Camara de su Magestad. Y concluye assimismo pidiẽdo se le condene al dicho Marques en sesenta mil ducados de mas de los referidos en que estima los daños que se le siguieron, por auer contravenido a la dicha transacion.

2. ¶ El Fiscal de su Magestad salió coadjuuando este derecho, y pidiendo se le condenara al Marques en los veynte mil ducados de la pena convencional, aplicada para la Camara.

3. ¶ El Marques contestò la demanda concluyendo ser absuelto, y dado por libre, por dezir, que el Duque no es parte para lo que pretende; y por otras excepciones que en el discurso de esta alegacion se refiriran para satisfazer à ellas. Y para manifestar la justicia del Duque se diuidirà esta alegacion en dos articulos. En el primero, se fundarà la justicia del Duque; ajustandola à los terminos de su demanda. En el segundo; se responderà a todas las excepciones de que el Marques se vale.

Pri-

4 A PRETENSION de el Duque se justifica con la escritura de transacion que tiene presentada, en que se puso por pena convencional la cantidad que tiene pedida a el que contraviniere a ella, cuya pena en lo regular de la disposicion de derecho es licita en los contratos, y exequible, llegando el caso de la contravencion, para que se execute, vt *in l. qui fidem. ff. de transact.* ibi: *Qui fidem licitæ transactionis rupit, non exceptione tantum submouebitur; sed, & pœnam quam si contra placitum fecerint, rato manente pacto, stipulanti rectè promisserat; præstare cogetur.*

5 ¶ *L. promissis 37. C. de transact.* ibi: *Promissis transactionis causa, non impletis, pœnam in stipulationem deductam, si cõtra factum fuerit, exigi posse constat.*

6 ¶ *L. qui Romæ, §. fin. ff. de verb. obl.* ibi. *Duo fratres hæreditatem inter se diuiserunt, & cauerunt sibi nihil se contra eam diuisionem facturos, & si contra quis fecisset pœnam alter alteri promisit: post mortem alterius; qui superviuit petit ab hæredibus eius hæreditatẽ quasi ex causa fideicõmissi, sibi à patre relicti debita; & adversus eum pronũtiatum est quasi de hoc quoque transactum fuisset; quæsitum est an pœna commissa esset? Respondit, pœnam secundum ea, quæ proponuntur commissam.* Y esto mismo comprueuan, *l. hæredes, §. in illa, & §. idem iuris, ff. fam. erciscund. & l. si quis maior 41. & l. vbi pactum 40. C. de trasaction.*

7 ¶ De cuya resolucion es el vnico fundamento el imponer fin a los pleytos, pues observandose las transaciones, se consigue el fin de ellos, y se conserva la paz entre las partes, sin

ſin dar lugar a que de el pleyto tranſigido renazcan otros nueuos, circunſtãcia reprouada por los Emperadores Honorio, y Theodoſio *in l. 3. C. de fructib. & litium expenſ.* ibi: *Termiato tranſactoque negotio poſt hac nulli actio, neque ex reſcripto ſuper ſumptuum petitione præſtetur.* Et poſteà, ibi: *Poſt abſolutum enim dimiſumque iudicium nefas eſt litem alteram conſurgere ex litis primæ materia.* Impidiendo a que el intereſſado conſiga ſu intereſſe, y emolumento, y que el vencido no quede ſin deſcredito, ò por lo menos con el gaſto, y ſoçobra que el litigio ocaſiona, que es lo que conſiderò en los terminos miſmos Aneo Roberto *lib 3. rerum iud. cap. 8.* verſ. *Protiſio*, ibi: *Compromiſſorum commendario fauore maximo digna eſt, quia, & litium more arbitri reſolvuntur, & controverſia inter propinquos abſque publico iudiciorum ſtrepitu priuatim intra parietes diiudicantur, vt ea ratione victor quod ſuum eſt conſequi poſſe: victus ſine de decore, ſine thedio, & damnoſa litis diuturne expenſa quidquid æquum eſt præſtare ſubeatur.*

8 ¶ Loqual procede en la diſpoſicion de derecho con tanta llaneza, que lo vemos executado en las obligaciones, quæ conſiſtunt in faciendo, vt *in §. fin. Inſtit. de verbor. obligat.* ibi: *Non ſolum res in ſtipulatum deducit poſſunt, ſed etiam facta, vt ſi ſtipulemur aliquid fieri in huiuſmodi ſtipulatione, optimum erit pœnam ſubijcere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, l. ſtipulatio iſta 38. § 2 ff. de verbor. obligar.* ibi: *At ſi quis vellit factum alienum promittere pœnam, vel quãti ea res ſit promittere poteſt, l. ſancimus, C. de fideiuſſ.* ibi: *Sancimus, ſi quis pro alio ſpoponderit, quatenus eum intra certum tempus tradat, &c. Et tempore ſtatuto iam efluente non poterit eum repræſentare, non ſtatim pecunias pro eo ſtipulatas inferri: ſed competere quidem, poſt tempus elapſum omnimodo pœnalem actionem.*

9 ¶ Y lomismo se observa; y executa en las cauciones, y satisdaciones que se ponen en los juyzios per modum pœnæ, para que se asseguren, y afiançen, vt *in l. 4. in fin. ff. si quis caution.* ibi: *Nam, & Iulianus scribit, si iudicio sistendi causa pluris quod statutum est, per ignorantiam promissum fuerit, exceptionem dari debere, si autem ex conventione tanta summa, promissio facta sit exceptionem pacti conventi replicatione infirmandam, Iulianus ait, l. 4. §. labeo ait, ff. de doli mal. & met. excep.* ibi: *Labeo ait, si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum, & iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, & ipse traditus non fuisset pœnamque stipupulatus sit, petitorem qui, & hominem vindicat, & pœnam petit, exceptione esset repellendus.*

10 ¶ Tambien vemos executada la dicha disposicion en los compromissos que se hazen en manos de los Iuezes arbitros iuris, para que determinen conforme a derecho; ò de arbitros arbitradores, ò amigables componedores, y que estaràn, y passaràn por la sentencia que dierẽ, poniendo pena al que contraviniere a ella, vt *in l. adversus 29. ff. de recep. arbit.* ibi: *Adversus sententiam arbitri fit, si petatur ab eo, à quo arbiter petii vetuit, quid ergo, si à fideiussore eius petatur, an pœna committatur, & pacto committitur, & ita Savinus scribit, nam idest potestate à Reo peti, sed si cum fideiussore compromissi, & à Reo petatur nisi inter sit fideiussoris, non committetur, l. cum pœna 38. ff. eodem tit.* ibi: *Cum pœna ex compromisso petitur, is qui commissit, damnandus est, nec interst, an adversary eius inter fuit arbitri sententiæ stare, nec ne.*

11 ¶ De que resultan muchas especialidades en la disposicion de derecho por la observancia de las dichas penas; vt *in l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verbor. obligat. l. iuris gentium 7. §. nu-*

nuda, ff. de pact. l. nuda 5. ff. de contrah. & committ. stipulat. l. fin. C. de donat.

12 ¶ Todo lo qual queda corrouorado con las disposiciones de las leyes del estilo, partida, y Reyno, que expressamente a prueuan las dichas penas, y las mandan executar, y observar, vt *in l. 215. in l. stilli*, ibi: *Si alguno deue a otro deuda q̃ le deue pagar fasta dia cierto, so pena cierta, diole peño por deuda, q̃ si no pagasse este deudo fasta aquel dia que vendiesse, ò podiesse vender los peños, si venido el plaço no pagò, y el no vendiò los penos, porque no los pudo vender, ò fizo afruẽta a la parte que los vendiesse, que el no los queria vender, y e deudor no las quiso vender; estonce caeria el deudor en la pena.*

13 ¶ *L. 216. in eiusdem, leg. stilli*, ibi: *Si alguno deue a otro deudo fasta tal dia, so cierta pena cada dia, ỹ el juez despues por sentencia que lo manda pagar con la pena, siempre corre la pena cada dia fasta que pague el deudo, maguer que la sentencia sea dada.*

14 ¶ *L. 34. tit. 11. part. 5.* ibi: *Pena ponen los omes a las vegadas en las promissiones que fazen, porque sean mas firmes, è mejor guardadas, esta pena a tal es dicha en latin;* conventionalis, *que quiere tanto dezir, como pena, que es puesta a plazer de ambas las partes. E por ende dezimos, que maguer la pena sea puesta en la promission, que non es tenudo el que la faze de pecharla, e defazer lo que prometio, mas lo vno tan solamente, fueras ende, si quando fizo la promission se obligò diziendo, que fuesse tenudo, a todo pechar la pena è a cumplir la promission, en todas guisas, quantas vegadas viniesse contra el pleyto, ca entonces bien se puede demandar la pena, è la cosa prometida.*

15 *L. 38. eodem tit. & part.* ibi: *Ponien-*

do

do pena algunos omes entre ſi ſobre promiſsion que hizieſſen, maguer la promiſsion non ſea valedera, vale la pena, e ſerà tenudo de la pechar el que la fizo, fueras ende, ſi la promiſsion fueſſe fecha ſobre coſa que fueſſe fecha contra ley, ò contra buenas coſtumbres.

16 ¶ *L. fin. eadem part. & tit.* ibi: *Otorgan los omes, & prometen vnos a otros, de dar, ò de fazer alguna coſa, obligandoſe a pena cierta ſino cumpliere aquello que otorgan, ò prometen. E mueuenſe a poner eſta pena en las promiſsiones por dos razones. La primera, porque aquellos que prometen de dar, ò fazer la coſa ſean mas acucioſos a cumplir la promiſsion de por miedo de la pena.*

17 ¶ *L. 68. Taur.* ibi: *Si alguno puſiere ſobre ſu heredad algun cenſo con condicion, que ſi no pagare a ciertos plaços, cayà la heredad en commiſſo, que ſe guarde el contracto, y ſe juzgue por el, pueſto que la pena ſea grande, y mas la mitad; quæ eſt leg. 1. tit. 15. lib. 5. Recopil.*

18 ¶ *L. 3. tit. 26. lib. 8.* Recopil. ibi: *Mandamos, que todos aquellos que ſe obligarẽ por compromiſſo, ò en otra qualquier manera; à fazer, y cumplir algunas coſas, ſo ciertas penas para la nueſtra Camara, que las tales perſonas ſean tenudos de las pagar, auiendo incurrido en ellas.*

19 ¶ Y por los dichos textos defiende la dicha reſolucion en terminos Inocent. *in cap. ſacro de ſent. excom.* Rodulpho *quæſt. 56. ſuper cap. conſuluit, de vſur.* Balboa *de præſcrip. 2. part. 3. part. principal. quæſt. 3.* & eſt communis oppinio ſecundum Alexand. *conſ. 157. column. 2. volum. 6.* Iaſon *in l. 4. num. 141. C. de iur. emphit.* quos ſequitur Seraphin *de priuileg. iuram. priuileg. 54. num. 2.* Hieron. Zanet. *de different. iuris ciuil. & canon. different. 1. num. 268.* quos, & alios

re-

referunt, & sequitur Viuius *decis. 74. num. 4.* Martin. Benechet. in addit. ad Seraphin vbi supra *num. 2.* Farin. *in praxi criminal. 1. part. quæst. 30. num. 75.* Auendañ. *de cens. cap. 9. à num. 4.* Hermos. *in l. 32. tit. 5. part. 5. glos. 8. & 9. num. 6. cum sequentib.*

20 ¶ Et in foro conscientiæ hanc pœnã deberi, & exigi posse affirmant Felin. *in cap. 1. de constit. num. 46.* vers. *Limita tertio*, Corneo *cõs. 69. in fin. lib. 2.* Ant. Gabriel *lib. 7. comm. oppin. conclus. 34. num. 9.* Gutierr. *de iurament. confirmat. part. 1. cap. 36. num. 12.* Dom. Couarr. *in 4. de spons. cap. 6. § 8. num. 11.* Molin. *de iust. & iur. disput. 97. ad fin.* Cened. *ad Decretal. collect. 2. num. 4. & collectan. 143. num 51.* Rebuff. *in l. vnica, C de sent. pro eo quod interst, num. 41.* Soto *in 4. distinct. 15. quæst. 2.* Conrad. *de contract. quæst. 31. conclus. 3.* Nauarr. *in manual. cap. 17. num. 215.*

21 ¶ Sin que a lo referido pueda obstar las autoridades que de contrario se pueden traer para que las penas convencionales no se observen ni executen (nisi quatenus interst) y que esto se ha estilado, y observado siempre en los Tribunales superiores, vt affimant Gramm. *cons. 66. a num. 74.* Robert. Marant. *in praxi. disput. 7. num. 26.* Cauall. *resolution. crimin. casu 226. num. 3.* qui refert Alciat. *decis. 135. à num. 3.* Thesaur. *decis. 79.* Fragos. *de regim. Reipub. lib. 5. disput. 13. §. 8. num. 188.* Mart. *in compendio decis. de pœnis, cap. 82.* Ioann. Baptist. Toro *in compendio decis. verbo, pœna, tom. 1. fol. 319.* Cæsar Barcio *decis. Bonon. 33. num. 15* Francisc. Viuio *decis. 41. num. 4. & 5.* Rebuff. *in repetit. leg. vnic. C. de sent. pro eo quod interst*, glos. in verbo, *dupli, à num. 15. & 16.* Seraphin. *decis. 809. num. 1. & 7.* Peña *decis. 845.* Marco Ant. Genuens. *pract.*

Ecclesiast. quæst. 253. num. 4. Sesse *decis. 110. nu. 20. & 21.* Cancer. *tom. 3. variar. cap. 11. nu. 163.*

22 ¶ Y de los del Reyno, Rodriguez *de ann. reddit. lib. 3. quæst. 5. num. 10.* Dom. Greg. Lopez *in l. 32. tit. 5. part. 5.* Gutierr. *de iuram. confirmat. 1. part. cap. 36. num. 10.* idem Gutierr. *libr. 2. Canon. cap. 20. num. 4.* Auendañ. *in dict. litera P.* Azeuedi *in l. 4. tit. 21. lib. 4. Recopil. numer. 57. & 68.* Ioannes Garcia *de expens. cap. 9. num. 62. in fin.* Felician. *de censib. lib. 2. cap. 5. num. 33.* Heuia Bolan. *Curia Philip. tom. 2. cap. 2. num. 8.* Zeuall. *comm. contra comm. quæst. 687. num. 6.* Carleual *de iudic. tom. 2. lib. 1. tit. 3. disput. 3. num. 22. idem disput. 8. num. 13.* Dom. Larrea *alleg. 31. num. 11.* Augustin. Barbos. *in collect. ad cap. suam 11. de pœn.*

23 ¶ Porque se responde. Lo primero, que todas las dichas Doctrinas se entienden, quãdo la pena se puso por razon del interesse que a la parte se le auia de seguir del compromisso, ò trãsacion, en que se puso; porque en este caso proceden los fundamentos de derecho mas ciertos, para que no se execute si no fuere en aquello que se verificare el interes, cæterùm aliud est, quando la pena se puso solo mirando a la obseruancia del contracto, quia tunc, aunque no se verifique interes alguno, la pena convencional se pide, y executa, cuya distincion se prueua claramente con la disposicion de el texto *in l. cum pœna, ff. de receptis arbit. 38.* ibi: *Cum pœna ex compromisso petitur: is qui commisit, damnandus est, nec interst, an adversaris eius interfuit arbitri sententia stari, nec ne.*

24 ¶ *L. stipulatio ista 38. §. alteri,* vers. *Plane, ff. de verb. obligat.* ibi: *Plane si vellim hoc facere, pœnam stipulari conveniet: vt si ista factum non sit, vt comprehensum est, committatur stipula-*

110

tio, etiam ei cuius nihil interst pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid interst, sed quæ sit quantitas, quæque condictio stipulationis.

25 ¶ Y en terminos lo fundan Abbas Panormitan. *in cap. dilecti de arbitris, num. 14.* ibi: *Vbi dicit, quod pœna conventionalis dummodo non sit apposita in fraudem vsurarum potest exigi in totum, etiam si pœna excedat interesse, & hoc dictum mihi plus placet, & iudicio meo satis probatur hic nam pœna apposita in compromisso procedit ad requisitionem partiũ, & nihilominus in totum potest exigi, nec habetur ratio ad interesse, nam hæc pœna potest apponi ad puniendum eum, qui parere, seu pactis optemperare recusat nam nihil tam naturale, quam quod fiat id, quod semel inter partes conventum est, vt in l. 1 ff. de pact. Vnde lex considerans difficultatem, qua versatur in probando interesse, consuluit, vt loco interesse apponatur certa pœna, vt sic releuetur pars ab onere probandi interesse.*

26 ¶ Bart. *in l. 4. §. Cato, ff. de verbor. obligat. in decima oppositione*, Decio *in cap. 1. in princip. de probat.* Conrad. *in tract. de contract. quæst. 85.* Cornœus *cons. 153. vers. Circa quartum volum. 1.* Pet. Surd. *decis. 261. num. 21 & 22.* Rebuff. *in l. vnica, C. de sent. quæ pro eo, quod interst, num. 67.* Faquin. *lib. 3. cons. 44. num. 4.* Calcan. *cons. 35. num. 10.* Menoch. *de arbitrar. casu 260. num. 4.* Ricc. *decis. 140. num. 6.*

27 ¶ Optimè Dom. Larrea *allegat. 31. num. 26.* ibi: *Rursus non etiam obstabit, quod ex aliquorum sententia pro gabellaris opponeuatur, tunc pœnam conventionalem integram deberi, nec ad solum interesse referendam quando adijcitur cõtraventioni facti*, vt late probauit Roman. *dict. cons. 510. cum supra adductis: Quia etiam si admitteremus Romani oppinionem, vt quoties pœna respicit*

picit factum, vel quid non fieri, tum integra debeatur, tamen procedit, quãdo nihil aliud respicit pactum, nisi vt conventio impleatur, sine quod fiat, vel non. Et posteà in medio, ibi: *Limitans oppinionem DD: qui tenuerũt pœnam conventionalem adiectam facto integram deberi, vt procedat, & omnia iura, quibus id probatur, quoties solum quid fieri, vel non fieri attenditur in pacto, & contraventioni offenditur, vel contemnitur contrahens.*

28 ¶ Cuyas Doctrinas son las que indiuidualmente se ajustan a los terminos de nuestro pleyto, donde la pena convencional no se puso por razon de interesse, si no para que en su fuerça tuuiesse firmeça el cõtracto, y la transacion q̃ se hizo, no se menospreciasse la palabra de los contrayentes, ni se cõtravinießse a vn acto de tanta consideracion, y en que su Magestad auia interpuesto su autoridad, y potestad Regia, para que se executasse, quod quidem magnifestissimè apparet ex verbis dictæ trasactionis, quæ sic se habet, ibi:

29 ¶ *Y si el dicho señor don Luys, ò alguno de los dichos sus descendientes, ò sucessores en su derecho (segun dicho es) de hecho intentare, o intentaren bolver al dicho pleyto, ò le comẽçaren de nueuo, demas de nõ poder ser oydos, como està dicdo, por el mismo hecho, y por razon DEL DESACATO que ayan tenido en contravenir a este concierto en que su Magestad ha puesto su autoridad, y decreto Real, cayga, è incurra en pena de sesenta mil ducados todas las vezes, y cada, y quando que de hecho, como està dicho, bolvieren à intentar la dicha demanda, y pleyto, aplicados los veynte mil ducados de ellos para la Camara, y Fisco de su Magestad; y los otros quarenta mil ducados para la parte obediente.*

30 ¶ Y su Magestad en la aprouacion que hizo de la dicha transacion aprueua las di-

chas

chas penas, y manda, que se executen contra los que contravinieren a ella; ibi: *Y manda, que si el dicho Don Luys, ò sus hijos, ò sucessores en su derecho, ò otra persona que despues de el huuiere de auerlos dichos bienes de que se funda dicho marorazgo. fueren, ò vinieren contra el dicho asiento, y concierto, y renunciacion fecha en el dicho Duque, y Duquesa, y en sus descendientes, y sucessores, y bolvieren a proseguir el dicho pleyto, ò de nueuo pusieren demanda a la dicha Duquesa, y Duque, ò quien despues de ellos sucediesse en su casa, y estado sobre los dichos mayorazgos, villas, y bienes sobre que era el dicho pleyto, ò qualquiera cosa, ò parte de ello, que por el mismo HECHO ayan caydo, è incurrido en las penas contenidas en la transacion, en que los dà por CONDENADOS, y el que tal pleyto prosiguiere, ò lo pusiere de nueuo, por el mismo HECHO ay a perdido y pierda todos los bienes que por el dicho asiento, y concierto se le dan, y passen todos ellos al siguiente en grado, que le deuiere suceder.*

31 ¶ De cuyas clausulas se infiere claramente no poderse mouer la controversia que entre los Doctores se ventila, vtrùm, la cantidad que se pone por la pœna convencional se entienda prometerse nomine pœnæ, siue loco interesse; la qual controvierte latamente por vna, y otra parte Carlleual *lib. 1. tit. 3. disput. 3. num. 20. cum sequent.* porque esto solo se puede aplicar en el caso de no auerse declarado la causa porque se prometiò la cantidad, en que vnos sienten, quod nomine pœnæ intelligitur posita; y otros de contrario sentir de que loco interesse cæterum, auiendose dicho expressamente, que los sesenta mil ducados se ofrecian por pena para que no se contraviniesse a la transacion, cessa la dicha duda, y no se puede vintilar la dicha question, como, ni tampoco aplicar el estilo, y practica de los Tribunales, de que no se executa, nisi cum vero interesse concurrat: porque, como queda fundado, es solo

en el caso de que la pena se puso por razon del interesse, y esto mismo reconociò Carleu. *dict. disput. 3. num. 22.* porque auiendo in *num. 20.* propuesto la dificultad, vtrùm, la cantidad prometida se entienda nomine pœnæ siue interesse posita, reconociendo, que en lo regular en el contracto no se manifestaua lo contrario, se entendia la dicha pena ratione interesse, y que en esta conformidad està entendida por los Tribunales; *dict. nu. 22.* afirma, que es inutil la question antecedente, ibi: *Illud hac iure certum est, obtinuisse superiorum quorumdam Tribunalium consuetudinem, vt pœna conventionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit, ex quo videtur inutilis præcedens controversia quãuis re vera iste Tribunaliũ stillus videatur repugnare oppinionibus antiquorũ.*

32 ¶ Lo qual se corrouora mas haziendo especial reparo en las Doctrinas de contrario citadas (que por no alargarme sus palabras no pongo a la letra) pues ninguno de ellos se hallarà que habla quando la cantidad que se prometiò se pone por pena claramente, expressando, q̃ se pone para que no se contravenga al contracto; antes bien todas las autoridades citadas, de que la parte del dicho Marques se podra valer, hablan tan solamente en el caso de que la pena se puso respecto de alguna cantidad que se auia de dar dentro de algun tiempo determinado, la qual convienen todos, se entiende puesta in fraudẽ vsurarum, por lo qual no se puede pedir, segun el sentir de todos, sino es que la persona a cuyo fauor se puso estè excluydo, de toda sospecha vsuraria, vt latissime notat cum pluribus Gaspar Rodrig. *de ann. reddit. lib. 3. quæst. 5. num. 7.*

33 ¶ Lo qual se manifiesta mas por las *decis. 79. & 98.* de Ant. Thes. q̃ ambas las hizo para en caso de pena puesta respecto de vna cãtidad q̃ se auia de pagar a cierto plaço, y a esta correspon-

de

de el estilo que se observa en los Tribunales superiores, para que no se execute, nisi quatenus cum verò interesse concurrat. Y mas claramente Gaspar Rodrig. *dict. lib. 3. quaest. 5. num. 10.* porque auiendo propuesto *num. 6.* verùm, la pena convencional puesta en la dicha conformidad se deuera, và discurriendo por los numeros siguientes, & *num. 10.* hæc verba profert, ibi: *Non est etiam omittendum prædictam conventionalem pœnam, de qua agimus ex vsu forensi apud suprema Tribunalia non mandari executioni, nisi quatenus intersit stipulantis creditoris.*

34 ¶ Como, pues, con fundamento, ni aparencia del se podran aplicar las doctrinas que deponen de el estilo del Tribunal Superior, para que no se execute la pena convencional, quando todos hablan en terminos distinctos de nuestro pleyto; scilicèt, quando la pena se puso por razon del interes, y respecto de cantidad que se auia de satisfazer; quando ninguna de estas circunstancias se hallan en la transacion, de que se controvierte, si no antes lo contrario, scilicèt, el auerse puesto la pena convencional que pretendemos se cobre por razon de *PENA*, mirando solo al nudo hecho de que no se contraviniesse a la transacion; y no puesta respecto de cantidad alguna. Y consiguientemente queda sin dificultad las resoluciones ponderadas en fauor del Duque, para que las dichas penas se executen sin embargo de las autoridades que de contrario se puedan ponderar.

35 ¶ Lo segundo, porque quando lo referido en el fundamento antedente no pudiera tener lugar, no parece tiene satisfacion el que las doctrinas de contraria citadas se deuen entender quando en la pena convẽcional no se expressò cantidad determinada, si no que quedò diferida a lo que se pudiera liquidar, porque entonces, como no ay cosa liquida que se execute, es necessario

sario q̃ ante todas cosas se verifique el interes para poder executar por lo liquidado, por lo qual el Iuris. C. *in l. fin. ff. de Prætor. stipulat.* da por cõsejo el que se expresse la cantidad determinada, ibi: *In eiusmodi stipulationibus, quæ quanti res est, certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cuiusque intersit, & ad exiguam summam deduci.*

36 ¶ Cuya Doctrina sigue Abbas Panormit. *in cap. dilecti de arbitr. num. 14. in fin.* Innocent. *in cap. suam de pœn.* Grammat. *decis. 58. num. 6.* ibi: *Quando verò ponitur super promissione facti, seu dandi, certa, nulla præcedẽte obligatione quãtitatis per prius, vt in casu præsenti non præsumitur fraus; & potest exigi pœna etiam quod excedat interesse: & non requiritur alia probatio interesse, imò est consilium legis ponere pœnam certam ad euitandum probationem interesse, §. fin. Instit. de verbor. obligat. ita in specie declarat Abbas in cap. dilecti de arbit. Et hanc veram, & magis cõmunem dixit Alexand. in l. stipulationum, §. si sortem, vers. Et ideò si pœnam, ff. de verbor. obligat. idem tenet Alexand. in præfacto, cons. 158. Vbi ponuntur quasi omnia verba dicti contractus, & eo magis hic ratione contemptus, vt citat Porc. in d. § fin. Instit. de verb. oblig. Et ideò non militaret, quod dicitur Sacrum Consilium consueuisse condẽnare ad pœnam, nisi quatenus cum interesse concurrat, quia illud posset habere locum, quando non esset taxata certa quantitas, quæ promissa fuisset solui in casu licito.*

37 ¶ Optimè Alois. Ricc. *decis. 140. num. 7. & 8.* ibi: *Hac ratione addit Surdus dicta decis. num. 24. Interesse cõuentum nulli subijceri limitationi, & implendum esse quidquid fuerit in contractum promissum nulla habita ratione, an intersit, vel non, quia satis interesse dictum quando fuit in contractu deductum, & stipulatum, est*

ideò

ideò non militat, quod dixit Afflict. decis. 135. Sacrum Consilium non consueuisse condemnare ad pœnam conventionalem, nisi quatenus cum interesse concurrat, illud enim habet locum quando non est taxata certa quantitas pœnæ, vel quando pœna nõ est promissa, nam quando pœna est promissa succedit loco interesse, text. in l. fin. ff. de Prætor. stipulat. &c.

38 ¶ Lo tercero, porque la resolucion de que la pena convencional no se pueda executar, nisi in eo, quod interst, procede en aquellas penas que para cobrarse se atiende a los terminos de equidad, vt in pœnis iudicialibus, & Prætorijs, *vt in l. 2. §. fin. ff. si quis in ius vocatus nõ ierit, glos. ord. in §. alteri. Inst. de inut. stipul. & voluit,* Bald. *in l. si post tres, col. vlt. ff. si quis caution.* Y en terminos lo fundan Thom. Gramm. *cons. 66. num. 76.* ibi: *Et licet soleat dici, quod in pœnis non consideratur interesse, l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verbor. obligat. Attamen istud non habet locum, vbicumque debet seruari æquitas: Inde videmus, quod in pœnis iudicialibus, vel Prætorijs consideratur an intersit, alias non potuit exigi,* text. *in l. ij. §. fin.* & ibi Angel. *ff. si quis in ius vocat. non ierit, est glos. ordinar. in §. alteri. Instit. de inutil. stipulat. voluit,* Bald. *in l. & si post tres, col. 3. ff. si quis caution. Et hoc propter magnam æquitatem Prætoris qui non vult pœnã exigi posse quãdo nõ interst,* Cacheran. *decis. 70. num. 12. cum seqq.* Alexandr. *in l. 2. § fin. col. 2. ff. de verbor. obligat.* Y la razon desto es por la equidad, a que atiende siempre el juez, *vt in l. quod Æ, si. ff. de eo, quod certo loco,* Giurb. *cons. 33. num. 10. in medio.*

39 ¶ Lo quarto, porque el interesse principal que al Duque se le seguia era, de que no se contraviniesse a lo paccionado en la dicha escritura de transacion, por no auer cosa mas natural, y propia de los actos humanos, que se execute aquello en que las partes quedaron convenidos,

dos, *vt l.1.ff.de pact.* y tanto, que se considera como ley, *vt in l. contractus, de regul. iur. & cap. contract. eodem tit. in 6.* por lo qual convienen todos, en que con particular cuydado se deue atender a la execucion, y cumplimiento de lo que se contratò, Rebuff. *in l. vnic. C, de sent. pro eo, quod interst, nu. 407.* Surd. *decis. 271. nu. 7.* Alois. Ricc. *decis. 140. num. 1. cum seqq.*

40 ¶ Por lo qual, para que se execute la dicha pena se tiene por bastante interesse la impugnacion al contracto en que se puso, como en terminos lo defienden Alvar. Valasc. *consul. 174. num. 4.* Alfar. *de offic. Fiscal. glos. 20. §. 11. num. 468.* optimè Petr. Surd. *decis. 260. num. 24.* ibi: *Quare constat ex praedictis interesse conventum, nulli subiacere limitationi, & implendum esse, quidquid fuit in contractu promissum, non habita ratione, an intersit, vel non, quia satis interesse dicitur, quando fuit in contractu deductum, & stipulatum, vltra quod nunc potest non dici, quod non intersit, postquam posset ex temporis cursu tale, quid emergere, nunc omnibus ignotum, per quod euidens patet interesse.*

41 ¶ Sarmient. *lib. 3. cap. 6. num. 11.* ibi: *In aliis autem conventionalibus poenis, ne facile conventiones eludantur, neve locus calumniosis hominibus detur, si haec via contenendi conventiones apperitur, frustra poenae imponerentur, si opus esset, quatenus intersit probare, quod non ita facile fieri potest, ideò existimerem, quod si ex natura rei verisimile sit, damnum stipulatorem passum esse, licet non ita exacte probetur poenam conventionalem, etiam iure Canonico exigi posse.*

42 ¶ Ademas, de que si, como quieren otros, se ha de atender a las costas, y gastos, y daños que por el pleyto se ocasionaron, por parte del Duque està verificado el daño, è interesse que

se le ocasionò, por auerse contravenido a la dicha transacion, respeto de que por causa de el dicho pleyto le fue preciso al Duque asistir en la villa de Madrid por espacio de diez años continuamente, con el luzimiento preciso a su grandeza, gastando en cada vn año mas de 8U. ducados mas de lo que solia gastar en lo ordinario de su casa en la villa de Baena; lo qual concluyen muchos testigos en la misma conformidad, y la mayor prouança es la q resulta de lo verosimil del hecho mismo, pues auiendosele puesto al Duque vna demanda de tanta consideracion como querer quitarle su grandeza, y Estados, le auia de obligar, como le obligò, a que saliesse fuera de su casa para asistir a su defensa, y que siendo en en la villa de Madrid auia de ser mucho mayor el gasto, pues estando en su villa de Baena, no auia de tener luzimientos extraordinarios como los tuuo en Madrid pudiendose escusar de ellos con no asistir en la Corte.

43 ¶ Tùm etiam, porque demas de lo referido se le ocasionò al Duque el tener Agentes, Procuradores, y Abogados de mucha consideracion, haziendo con ellos juntas, asi sobre lo principal del negocio, como sobre si auia de auer grado de mil y quinientas, escriuiendo muchas, y muy dilatadas informaciones en derecho, e informando a cada vno de los señores juezes en su casa, en que se gastò, dize vn testigo veynte mil ducados, otro catorze a quinze mil, otro de doze a diez y seys mil, tres testigos de diez mil a doze mil ducados.

44 ¶ Tùm, porque a lo referido se llega el que el año de 1614. hizo su Magestad merced al padre del Duque del Virreynato de Valencia, y no lo quiso acetar por causa del pleyto, y no dexar de asistir a el, en que dexò de tener de vtilidad cantidad de mucha consideracion, lo qual

con-

concluyen siete testigos en la setima pregunta de el Duque.

45 ¶ Tùm, porque el interesse està verificado, respeto de que este se ajusta, estimando la cosa principal que se pedia por la contrauencion, vt optime notat Azeued. *in l. 4. tit. 21. lib. 4. Recopilat. num. 58.* ibi: *Quid tamen tùnc stimabitur, interesse rei petitæ, vel expensæ litis dubitabile est? Ponamus enim, quod transactum est super hæreditate pro centum, & apposita est pœna quingentorum, si contraveniatur, vel si pœna nō est apposita, fuit tamen stipulatio interposita, vel de iure nostro pro interposita habetur, vt dictum est, & propter contraventionem partis petitur interesse, vel pœna si apposita est; quæ ea tenus debetur, quatenus interst, quid ne tùnc æstimabitur expensa ipsa litis, an vero res petita, & super qua tractatur? Et ex dictis dicendum videtur rem ipsam æstimandam.* Y segun esto bien se vè de lo que se pedia por la contravencion, que es los Estados de Baena, y Cabra, y la grandeza de la casa, quan considerable era el interesse que al Duque se le seguia de que no se contraviniesse, pues la renta en cada vn año importa mas de 70U. ducados, y la estimacion de la grandeza, y bien se vè quanto importarà mas esto que la pena convencional que se pactò, y atendiendo a esto se puso la pena convencional tan grande.

46 ¶ Y quando el dicho interesse no fuera cierto, bastarà el que sea verosimil, como lo es, por ser este el que se requiere conforme a la mas rigurosa opinion que defiende Sarmiento *dict. lib. 3. cap. 6. num. 11.* a quien sigue Gutierr. *de iuram. confirmat. 1. part. cap. 36. nu. 20.* y de otra forma la pena convencional inuanis esset, y con facilidad se impugnaran los contractos faltando a la buena fee que en ellos se deuia tener, menospreciãdo lo q̃ vna vez se auia aproua

do,

do, y lo que de consentimiento de las partes se ajustò: como en los mismos terminos lo ponderan dict. DD. Sarmient. & Gutierr. vbi supra.

47 ¶ Sin que a lo referido pueda obstar el pretender, que en los autos de vista y revista que en fauor del Duque se proueyeron no fue condenado el Marques en costas, ni hecho reserva sobre ellas, con lo qual fue visto auersela denegado: argum. text. *l. 4. C. de posit. l. 4. C. de fruct. & litium expens.* Inocent. *in cap. grauis de restit. spoliat.* & ibi Butrio *num. 1.* Baldus *in l. cum propon. num. 4. C. si quis alter, vel sibi,* Dom. Solorç. *de iur. Indiar. tom. 2. cap. 29. num. 48.*

48 ¶ Y que esto procede con mayor razon por no auer causa para condenar en ellas al Marques, porque siendo demanda ciuil, qualquiera causa bastaua para escusarle de la paga de ellas, *l. qui solidum 80. §. etiam, ff. de legat. 2. l. 8. tit. 22. part. 3.* Barbos. *in collect. ad tex. in cap. finem litibus, de dolo, & contum. num. 6.* y mas auiendola jurado, *vt in l. 8. tit. 22. part. 3.*

49 ¶ Porque a todo lo dicho se responde, que todas las costas, y gastos que el Duque hizo en la defensa del dicho pleyto no se han alegado, ni prouado, para que al Duque se le ayan de satisfazer en fuerça de los dichos autos de vista y reuista, en que se declarò el no auer lugar el responder, porque confessamos, que por los dichos autos no esta condenada la parte del dicho Marques a la paga de las dichas costas, ni de esto se vale la parte del Duque. Ceterùm, esto no excluye el que auiẽdo sido costas, y daños que se le siguieron al Duque por auer impugnado la transacion el que dexen de estar comprehendidos en la pena conuencional que en ella se puso, para que no se impugnasse; y consiguientemente, si se huuiera de estar a lo riguroso del sentir de las autoridades

de contrario citadas, para que se aya de executar la pena en solo el interes que se verificare por la parte a cuyo fauor se puso, habet intentum, la parte del Duque, porque ajustandose a sus terminos tiene verificado el dicho interesse claramente, con las dichas costas, gastos, y daños, sin que por la parte del Marques se aya desvanecido lo dicho con alguna cosa en contrario, y no porque estuuiesse absuelto de las costas, lo estaua de los daños, vt Fragos. *lib. 5. disput. 13. §. 9. nu. 189. cum pluribus.* Ademas, de que la justa causa que en lo regular escusa de que se paguen costas, no se estiende a las que estan paccionadas, porque estas se deuen satisfazer sin embargo de que huuiesse justa causa para litigar, glos. in *l. si mulier, § si rem, ff. de legat. 3.* Fragos. *dict. disputat. 13. num. 186.*

50 ¶ Lo quarto, porque auiendo sido jurada la dicha pena convencional, no necessita de prouança de interes alguno para executarse, y esta es excepcion de la regla q̃ proponen todas las autoridades de contrario citadas, y en terminos la concluyen Seraphin. *de priuileg. priuileg 54. nu. 2.* ibi: *Tamen quando pœna conventionalis est promissa cum iuramento, tunc peti potest, etiam si cum interesse non concurrat, ex priuilegio iuramenti, etiã si forte esset suspitio vsurarum,* Menoch. *libr. 2. de arbitr. casu 260. num. 31.* ibi: *Hoc casu ob iuramenti vim pœna, etiam si nihil inter sit peti potest, cum ratione contemptus apposita sit, l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verbor. obligat. Si ergo ratione contemptus præcepti humani, vltra interesse ascendere potest, vt supra diximus: Ergo fortius ratione contemptus Diuinæ Maiestatis excedere potest, cum plus sit Diuinam Maiestatem, quam præcepta humana contemnere, l. Manicheos, C. de hæret. & cap. vrgẽti extra n. eod.* Bursat. *cons. 53. n. 37. lib. 1.* Farinac. *in praxi, part. 1. lib. 1. tit. 4. quæst. 3. num. 76.* Anton. Gabriel *lib. 6. commun. conclus. concl. 34.* Manlin. *de iurament. part. 4. effect. 227. num. 11.*

Y es

51 ¶ Y es tanta la fuerça del juramento, que interviniendo el, puede exceder la pena, vltra quadruplum, vt magnifeste apparet, ex celebri *text. in l. si quis maior 41. C. de transact.* ibi: *Si quis maior annis 25. adversus pacta, vel transactiones nullo cogente imperio, sed libero arbitrio, & voluntate confectas, putauerit esse veniendum vel interpellando Iudicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa, eas autem invocato Dei Omnipotentis nomine, eo authore solidauerit, non solum notetur infamia, verùm etiam actione priuatus restituta pœna, quæ pactis probatur inserta, & rerum proprietate careat, & emolumento, quod ex pactione, & transactione illa fuerit cõsequutus. Itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui te inerata pacti iura servauerint.*

52 ¶ Roman. *cons. 510. numer. 11.* Iason *in dict. l. si quis maior, numer. 29.* Rebuf. *in dict. l. vnic. C. quæ pro eo, quod interst, num. 572.* Menoch. *dict. cas. 260. num. 30.* Franc. Viuio *decis. 74. num. 3 lib. 1.* adonde afirma auerse determinado en esta conformidad.

53 ¶ Y no se puede dudar del juramento que intervino en la dicha transacion, pues claramente se especificò en ella, ibi: *Y con lo dicho se obligan al cumplimiento de todo, confessando la vtilidad que del concierto se les sigue, y IVRAN los dichos capitulos, y concierto, y de no contrauenir a ellos pena de perjuros, y demas de esto de incurrir en pena de ochenta mil ducados.*

54 ¶ Lo quinto, porque quando todos los fundamentos que quedan ponderados padecieran duda alguna, que no la pueden tener, y cõ el supuesto de que fuera cierto lo que los Autores contrarios afirman de no auer costumbre de executar las penas convencionales, no por esso se en-

tiende

tiende el quedar derogada la disposicion del derecho comun, leyes de Partida, y del Reyno, que deciden lo contrario, y que se ayan de executar, quod quidem magnifeste apparet, ex *l. 1. Tauri*, ibi: *Que se guarden, no embargante que contra las leyes de ordenamientos, y prematicas se diga, y alegue que no son usadas, ni guardadas.* Et ibi: *Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos, que se guarden las leyes de los fueros, assi de el fuero de las leyes, como las de los fueros municipales, que cada ciudad, ò villa, ò lugar tuuieren en lo que no fueren usados, y guardados en los dichos lugares, y no fueren contrarias a las dichas leyes de ordenamientos, y pragmaticas de este nuestro libro, assi en lo que por ellas està determinado, como en lo que determinaremos adelante, ò por algunas leyes de ordenamientos, y pragmaticas de los Reyes que de Nos vinieren; ca por ellas es nuestra intencion, y voluntad, que se determinen los dichos pleytos, y causas, no embargante los dichos fueros, y usos, y guardas de ellos, y lo que por las dichas leyes de ordinamientos, y pragmaticas de este nuestro libro, y fueros, no se pudiere determinar. Mandamos, que en tal caso se recurra a las leyes de las siete Partidas, fechas por el señor Rey don Alonso nuestro progenitor, por las quales, en defecto de los dichos ordenamientos, leyes, y pragmaticas, y fueros, mandamos que se determinen los pleytos, y causas, assi ciuiles, como criminales, de qualquiera calidad, o cãtidad que sean, guardando lo que por ellas fuere determinado, como en ellas se contiene, aunque no seã VSADAS, NI GVARDADAS, y no por otras algunas.*

55 ¶ La qual està recopilada por la *l. 3. tit. 1. lib. 2. cuius verba ita se trahent.* ibi: *Y mandamos, que se guarden, cumplan, y executen las leyes que van en este libro, y se juzguen, y determinen por ellas todos los pleytos, y negocios que en estos Reynos ocurrieren, aunque algunas de ellas sean nue-*

uamente

uamente fechas, y ordenadas, y aūque no ayan sido publicadas, ni pregonadas, y aunque sean diferentes, ò contrarias a las otras leyes, y capitulos de Cortes, y pragmaticas que antes de aora ha auido en estos Reynos, las quales queremos de aqui àdelante no tēgan autoridad alguna, ni se juzgue por ellas, si no solamente por las de este libro, guardando en lo que toca a las leyes de las siete Partidas, y del fuero lo que por la ley de Toro està dispuesto y ordenado; y quedando asimismo en su fuerça y vigor las cedulas, y visitas que tienen las Audiencias en lo que no fueren contrarias a las leyes deste libro.

56 ¶ Y en terminos de que la obseruācia de las Chancillerias, ò de otros qualesquiera Tribunales, contraria a la disposicion de las leyes del Reyno, no se deua atender, y que por ella no se pueda induzir costumbre contraria a la disposicion de las dichas leyes del Reyno, lo funda doctissimamente Carras. *cap. 8. de consuetudin. n. 29.* ibi: *Sed nihilominus prædictis non obstantibus resolvendum est, quod licèt magna sit auctoritas Regiarum Cancellariarum, & Audientiæ Hispalensis; & Senatus Galleciæ non posse per eas desuetudinē induci adversus LEGES RECOPIL. quod comprobant verba satis notanda pragmaticæ, seù legis positæ in initio eiusdem Recopil. in nouata per hanc anni 1611. quæ sunt ponderāda verba in fine eiusdem legis posita*, dum inquit: Las quales queremos que de aqui adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellas, si no solamente por las de este libro. *Itaque Domini Præsides, & Auditores Cancellariarum non possunt aliter, vel ex aliјs legibus iudicare lites, vbi est causas LEGIS RECOPIL. & ideò eis fuit adēpta facultas consuetudinem, vel desuetudinem adversus leges easdem inducendi, quod magis etiam suadetur ex inuectiua, quam continet nostra pragmatica, & ex præcisa iudicandi necessitas per leges Recopilat. supra dictas; tùm etiam, quia consuetudinem*

dinem remouendo Princeps inhabilitat statuentes.

57 ¶ Lo qual procede, etiam, aunque la costumbre en contrario sea inmemorial, vt concludit *glos. fin. in Clement. fin. de rebus Eccles.* Iason *in l. huiusmodi, col. 1 ff. de verbor. obligat.* Dueñas, *regul. 144. num. 3.* Dom. Gregor. Lopez *in l. 6. tit. 29. part. 3. glos. 4.* vbi notabiliter resoluit, quod sublata consuetudine, videtur etiam sublata consuetudo immemorialis; y del mismo sentir es Auend. *de exequend. mandat. lib. 2. cap. 14. nu. 5.* Zeuall. *quaest. 704. num. 13.* vbi inquit: *Sufficere, quod lex reprobet consuetudinem, vt intelligamus esse iniquam, quod in tantum procedit, vt nec immemorialis consuetudo aliquid operabitur contra legem,* Carrasc, *dict. cap. 8. num. 35.*

58 ¶ Lo qual se entiende en la misma conformidad para con las leyes de Partida, como en los mismos terminos lo cõcluye dict. Carrasc. *dict. cap. 8. num. 70.* ibi: *Pro complemento tamen praedictorum alia notabilia surgit, & venit decidenda quaestio, an per nostram pragmaticam, sit derogatum consuetudinibus praeteritis, quatenus sint contra leges septem partitarum, & quamuis difficile videatur vno solo verbo voluisse, Regem Dom. Nost. omne ius consuetudinarium, & vniuersam consuetudinis materiam abrogasse, contra vulgarem rationem, text. in l. si quando, C. de inoffic. testam, quod ante hanc pragmaticam in alio supra. nu. 35.* propossuimus articulo sentit Ioan. Gutierr. *lib. 1. pract. cap. 31. num. 12.* multaque circa haec adduci possent.

59 ¶ Et posteà num. 76. ibi: *Et miror maximo opere doctiss. Gregor. Lopez in tot. tit. 2. part. 1. cuius propria materia est, non meminisse dicere consuetudinem aduersus leges partitarum non obtinere, nec valere, ex dict. l. 1. Taur. vel saltem earum contrarium vsum non admitti.*

Lo

60 ¶ Lo quinto, porque no està verificada la dicha costumbre. Lo primero, porque no es bastante que los Autores de contrario citados lo afirmen, vt concludit Alexand. *in l. post dotem, ff. solut. matrimon.* Immol. *in l. 1. §. nuntiat. 10. ff. de oper. nou. nuntiat.* Aretin. *in conf. 132. col. 2.* Corn. *conf. 83. circa primum libr. 4.* Franc. Curc. *conf. 78.* incipit Dom. Francisc. *col. fin.* Bertrand. *conf. 465. numer. 6. vol. 4.* & Clarius *in conf. 67. num. 32. vol. 4. numer. 5.* Petrus Paris. *in conf. 31. num. 14.* qui allegat Neiriz. *conf. 25. nu. 7. & conf. 66. num. 31.* Vldaric. Zasio *in repet. legis, de quibus num. 23.* verf. *Item, quod si Doctores, ff. de leg.* Lo segundo, porque la dicha costumbre, y obseruancia se deue verificar con las circunstancias mismas que el de la transacion, y pena conuencional, sobre que se litiga, vt concludit Oldrad. *cõs. 217.* Aym. Crauet. *conf. 96.* Burgos de Paz *in l. 1. Taur. num. 93. cum seqq.* Carrasc. *dict. cap. 8. numer. 62.* Cuyas circunstancias son las que nõ se pueden ajustar a las Doctrinas de contrario citadas, porque estas son en terminos distintos, como largamente queda ponderado supra; y en ellas nõ se hallarà alguna que sea de que a la pena conuencional que en este pleyto se controuierte, assi por ser de cantidad de tanta consideracion, como por auerse puesto en vna transacion de vn negocio tan graue; y lo que mas es, que este corroborada con el aprouacion de su Mageſtad, que por su facultad Real aprouò la dicha pena, y mandò se executasse como si fuera ley llegando el caso de ella, con las clausulas mas exuberantes, y firmes q̃ en la disposicion de derecho se pueden considerar, a cuya aprouacion como a ley viua quedaron sujetas todas las reglas, y disposiciones de derecho que se pudieran considerar, como la concluye Menoch. *de arbitrar. dict. cas. 260. numer. 12.* ibi: *Declaratur septimo non procedere quando non lege, vel sua authoritate statueret Princeps quod pœna quadruplum excedat, nam cum Prin-*

ceps sit lex viua sequitur ita posse statuere, ita in specie Ripa *lib. 2. respons. cap. 9. in fin. Qui loquitur de pœna conventionali excedente quadruplum authoritate Principis.*

61 ¶ Y bien se vè quan dificultoso es el ajustar las circũstancias de vn negocio a otro, y por esso son de muy poca consideracion los exẽplares de otras determinaciones, vt rectè tradit Cursius, quem refert, & sequitur Thesaur. *in præf. ad decis. Pedemõt. n. 33.* Menoch. *cons. 59. num. 11.* Corras. *ad ll. Recopil, cap. 9. numer. 253. fol. 139.* adonde refiere la autoridad del señor Padilla, que afirmò, que jamas viò pleyto que tuuiesse la cara de otro, por lo qual se prohibe la determinacion de las causas, por los exemplares de otras, *vt in l. nemo, C. de sent. & interloc. omn. iudic.* mayormẽte auiendo sido los exemplares contra expressas decisiones de leyes, vt concludit Loter. *de re benefic. lib. 1. aparatus, num. 81. cum seqq. &* Alber. *in l. 1. ff. de constit. Princip. nu. 5.* afirma, que aquel que se vale de exemplares, confiessa no tener jurisprudencia con que defenderse, a quien sigue Apont. *de potest. pro Reg. num. 15.*

62 ¶ Ademas, que la dicha observancia solo la concluye Math. de Afflict. en la conformidad que queda ponderado, y a este se remiten todos los del Reyno, y fuera del, como se puede ver en todos los Autores que quedan referidos en razõ de la dicha observancia, y Ioann. Gutierr. *de iuram. confirmat. 1. part. cap. 36. num. 10.* aunque depone auerse practicado en vn negocio que refiere el no auerse executado la pena convencional, por no auerse verificado interesse; y porque se prouò el auer costumbre de no executar semejantes penas, se reuocò la execucion que se pedia de ellas. Cæterum, tambien afirma auerse mandado executar en otros dos negocios que el defendiò, *vt in dict. num. 10.* ibi: *Sed habui etiam in practica,*

ctica, dict. legem Regiam. Quidam officialis recepit adolescentem instruendum certo tempore, & in suo officio, & alẽdum interim sua domo certo quodam salario ipsi officiali præstando pro qua convẽtione adimplẽda utraque pars se obligavit instrumẽto publico, in quo inter alias cõdictiones, illa fuit adiecta, quod si officialis ille ante tempus discipulũ domo expeleret, solveret puero, tria millia dipondiorum nomine interesse, & pœnæ cõventionalis. Succedit quod discipulus fuit de domo ante tempus per officialem sine causa expulsus, itaque commissa fuit stipulatio pœnalis adversus officialẽ: adolenscẽs petiit executionem prædicti instrumenti pro illa pœna adversus magistrum, & produxit quamdam protestationem per eum factam dicto Magistro post expulsionem supra dictam, ut eum reciperet in domũ, & aleret, & instrueret iuxta formam conventionis. Tandem in prima instantia fuit condemnatus magister, quia probavit discipulum fuisse expulsum per officialem, & solere exequi similes pœnas in casu supra dicto, & sibi interesse versari ex adimplemento illius conventionis, & per consequens damnum ex defectu adimplementi ipsius, & ego in secũda instantia patrocinium præstiti pro Magistro cõdemnato allegavique iustam causam expulsionis, sed quia non fuit probata, confirmata fuit sentẽtia primæ instantiæ.

63 ¶ De que se infiere claramente no son de fundamento para el caso presente las autoridades supra citadas que de contrario se pueden ponderar, con que la parte del Duque se halla con la disposicion de derecho en su fauor, corroborada con las leyes de Partida, y de el Reyno, que mandan, que se executen semejantes penas, y cõ mayor razon, por estar aprouada la dicha pena por los autos de vista y reuista de el Consejo, que declarò no tener obligacion el Duque à responder a la demanda puesta por el Marques, y que se estuuiesse, y passasse por la dicha transacion, con

lo qual quedò calificada la dicha pena, porque la sentencia, no solo determina lo que expressa, sino aquello que virtualmente cõtiene, optimus text. *in l. 1. §. sed non vtique, ff. ad Senatum Cons. Turpil.* ibi: *Si autem pronuntiauerit calumniatus est condemnauit eum; & quãuis de pœna nihil subiecerit tamen legis potestas adversus eum exercebitur, l. si quis cum totum, §. fin.* vers. *Et generaliter, ff. de re iudicat.* Dom. Valençuel. Velazquez *17. n. 16.* D. Salgad. *4. p. de Reg. proct. c. 9. n. 133.* Y assi viene a tener justificado su intento, y pretension para que se le mande pagar lo que pide.

Segundo Articulo.

PRIMERA EXCEPCION.

64 PRETENDE la parte del Marques, que con el transcurso de tiempo de mas veynte y tres años que passarõ desde que se pronunciaron los autos del Consejo, en que mandaron guardar la trãsacion, y que se repeliesse del pleyto la demanda puesta por parte del Marques, al tiempo que puso el Duque la demanda por la pena convencional, se prescriuiò el accion della, de manera que no le puede aprouechar, y q̃ esto se ajusta respeto de q̃ el Marques al tiempo y quando puso su demãda, impugnando la transacion fue por el año passado de 615. y quando se pronunciò la sentencia en grado de segunda suplicacion, que confirmò los autos del Consejo, fue el año siguiente de 623. con que ajustado el año de 46. que se puso la demanda por el Duque, pidiendo la pena convencional, auian passado los dichos veynte y tres años, con cuyo tiempo corre llanamente la dicha prescripcion.

A que

65 ¶ A que se respõde. Lo primero, que quando el dicho Marques pudiera prescriuir la dicha pena convencional, no ha passado tiempo bastante para la dicha prescripcion, por ser necessario para esta espacio de treynta años, *vt in l. omnes, C. de præscript. 30. ann.* y en terminos lo defienden Thom. Sanch. *de matrimon. lib. 1. disput. 37. numer. 5.* ibi: *Ex his infertur debitorem pœnæ conuentionalis, posse eam præscribere, ita vt cesset actio illa ad pœnam si spacio triginta annorum minimè petatur, l. omnes, C. de prescript. 30. ann.* Rebuf. *in repet. legis vnic. de sent. quæ pro eo, quod interst, gloss. proferuntur, num. 42.* ibi: *Et sic infertur debitorem pœnæ conventionalis posse præscribere dictam pœnam, cum sit in bona fide, & hoc spacio triginta annorum: ita quod actio ad pœnam illo tempore tolletur.*

66 ¶ En cuya conformidad, siendo solos los dichos veynte y tres años, y no cumplidos del dicho transcurso de tiempo, no puede auer adquirido el Marques la prescripcion de que se vale, por ser necessario treynta años, *vt in dict. l. omnes.*

67 ¶ Sin que a lo referido pueda obstar la disposicion de la *l. 63. de Toro, quæ est l. 6. tit. 15. libr. 4. Recopil.* y las Doctrinas de los Doctores del Reyno, que le exornan, Dom. Couarr. *in regula possessor. 2. part. §. 11. numer. 2.* Dom. Gregor. Lopez *in l. 22. tit. 29. gloss. 1. partit. 3.* Didacus Perez, *in l. 3. & 4. tit. 13. lib. 3. ordinament.* Antonius Gomez *in dict. l. 63. Tauri*, Parlador *lib. 2 rerum quotidianarum, cap. 1. §. 11. & 12. num. 1.* Mench. *de successionum creatione, §. 10. numer. 28* Azeued. *in dict. l. 6. num. 42.*

68 ¶ Porque se responde, que la disposicion de las dichas leyes, y doctrinas referidas no se pueden aplicar a los terminos de la prescripciõ

de que se vale la parte del Marques, porque todas hablan en las acciones ciuiles personales, ò Reales, las quales sin duda alguna se prescriuen por veynte años con la carta executoria que della se despacha.

69 ¶ Cæterum, en las acciones mixtas que tienen de personal, y real, es necessario tiempo de treynta años, vt apparet ex dictis legibus, & doctrinis, y desta calidad es la accion de la pena conuencional, como lo concluye el Padre Molina *de iustitia & iure, tom. 1. disput. 66. litter. D.* por lo qual la prescripcion dellas no se gouierna por las reglas, y transcurso de tiempo que las acciones ciuiles, pues vemos que para con cada vna de las penales ay tiempo determinado, ajustandose a la calidad que cada vna tiene, vt videre est apud glossã, & Doctores *in l. quarella, ff. de falsis,* y que latamente cumula Cardinalis Tusch. *lit. P. conclus. 571. per tot.* y assi la cõvencional, menos q̃ con el espacio de dichos treynta años, no queda prescripta, y consiguientemente las dichas leyes del Reyno, y doctrinas referidas, nullius momenti sunt.

70 ¶ Tùm, porque tãpoco podia auer auido la dicha prescripcion la parte del Marques, estando, como ha estado con la mala fee, y con el verdadero conocimiento que deuia satisfazer, y pagar la pena conuencional en que auia incurrido; y aunque es verdad que ha auido muchos que han resuelto, que en las acciones personales corre la prescripcion, sin embargo de que aya mala fee, vt videre est apud Dom. Couarr. *in 4. Decretal. 2. part. cap. 6. §. 8. nu. 16.* Pater Molin. *disput. 66. tom. 1. num. 3.* Azeued. *in l. 6. tit. 15. lib. 4. Recop. num. 15.*

71 ¶ La contraria opinion es la mas cierta, ajustada a la disposicion de derecho, ciuil, y Cano-

 356

y Canonico, fundada con razones mas solidas, y concluyentes, como lo dize Felin. *in cap. fin. de præscript.* Bald. *in l. 1. C. de servit. & aqua*, Alex. *cons. 185. 2. volum. & cons. 33. 3. volum. & cons. 99. 4. volum. & cons. 51. 5. volum.* y despues de todos Fran. Balboa *de præscript. quæst. 13.* adonde resuelve la dicha opinion, concluyendo num. 4. ibi: *Et sic remanet firma conclusio, quod mala fides impedit præscriptionem in actione personali, sicut in reali, secundum veram, & communem opinionẽ.* Y luego en el num. 5. llega a ponderar la pena cõvencional.

72 ¶ Ademas, que las doctrinas supra citadas, de que se puede valer la parte del Marques, hablan en quanto a las acciones personales para lo executiuo dellas, no empero en quanto a las acciones Reales, ni para que se entiẽda estar prescripta la accion personal, porque sin embargo de la dicha prescripcion puede el acreedor pedir en via ordinaria lo que en virtud de la dicha accion le pertenecia, vt concludit Rodrig. *de execut. c. 6. num. 61.* ibi: *Nec oblibiscendum erit, quod in nostro proposito adnotarunt singulariter*, Antonius Gomez *in dict. l. 63. Taur.* & alij plures Authores, quos allegat Azeued. *in dict. l. 6. num. 15. Scilicèt, ius istud exequẽdi tolli, & præscribi per dictos decem annos etiam cum mala fide; nam licèt talis præscriptio cum mala fide probibita sit de iure Canonico, cui in hoc standum erit; verùmtamen id procedit, & verum est in præscriptione alicuius rei nobilis, vel immobilis, per quam tractatur, de auferẽdo iure, & dominio alterius, at in præscriptione iuris executiui, non eadem militat, & versatur ratio, quia cum à lege inductum sit ad faciliorem expeditionem litium, & eorum executionem, si præscribatur ius istud exequendi, non tollitur per hoc debitum, nec actio personalis, quæ remanet ipsi reo in via ordinaria, sed tantum modus ille executionis, qui rigor est, & celeritatem desiderat, vt supra notabimus,*

tabimus, & punitur in hoc executantis negligentia.

73 ¶ De dōde se infiere claramēte no auerse prescripto el acciō deduzida por parte del Duque para la pena cōvencional q̄ pido. Lo vno, por auer estado en mala fee la parte del Marques con el conocimiento de que era deudor de ella, y que conforme al *cap. fin. de præscript.* se requiere precisamente buena fee. Y lo otro, por ser necessario tiempo de treynta años, como queda fundado supr. y auer passado tan solamente veynte y tres; con que ex omni capite, de qualquier forma que se quiera considerar, carece de fundamento la dicha excepcion.

74 ¶ Sin que a lo referido pueda obstar la disposicion de la *l. 10. tit. 16. lib. 5.* y la *l. 3. tit. 26. lib. 8. Recopil.* por las quales se da termino de vn año para pedir la pena convencional, assi en los compromissos, como en las cauciones, *iudicio sisti.*

75 ¶ A que se responde, que la disposicion de las dichas leyes procede solamente en las penas aplicadas para la Real Camara. Cæterum, en quanto a la pena convencional, aplicada para la parte, no dispone cosa alguna, y assi no se puede sacar de ellas fundamento alguno para la pretension del Duque.

76 ¶ Tum etiam, porque todas las vezes que la pena se incurre ipso iure, no puede auer prescripcion alguna respecto della, vt concludunt Guazin. *de confisc. conclus. 14. num. 40.* Capan. *ad nou. const. Mediolan. in cap. omnium, numer. 631.* Y aqui por el mismo hecho de auerse cōtrauenido a la transacion, ipso iure, se incurriò en la pena cōvencional, puesta por las partes, y aprouada por su Magestad, y corroborada por las sen

tencias

tencias de vista, y reuista del Consejo, vt notauimus supra.

SEGVNDA EXCEPCION.

77 ¶ No es dudable que al Duque, siendo como es Actor en este pleyto, le incumbe el legitimar su persona, *vt in l. si quæramus*, vbi DD. *ff. de testamentis, l. non ignorat C. qui accus. non possunt*, Pareja *de instrument. adit. tit. 6. resol. 2. num. 1.* Argel. *de legitim. contrad. quæst. 11. articul. 3. num. 42.* Noguer. *alleg. 25. n. 4.* Olea *decis. iur. tit. 6. quæst. 9. num. 1.*

78 ¶ Cæterùm, siendo como es el Duque hijo legitimo de don Luys su padre, y que como tal entrò poniendo su demãda, quando le fuera preciso el ser heredero del susodicho cumplia con el mismo pedimiento, pues por el mismo justificaua el serlo, y que aceptaua su herencia, Paul. de Castro *in l. 2. ff. de condict. furt.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 99. num. 4. & 5.* Parlador. *lib. 2. rer. quotidian. cap. fin. 4. part. §. 1. num. 2. & 3.* Zeuall. *comm. contra comm. quæst. 849. num. 1. & 2.* Anton. Virgil. *in tract. de legit. personar. c. 12. num. 3. & 4.* a diferencia de quando se conconviene al hijo como heredero de su padre, porque entonces se necessita de verificarle plenamẽte el que lo sea, vt concludit Nogerol *allegat. 6. num. 38.*

79 ¶ Sin que à lo referido pueda obstar la oposicion que el Duque don Antonio hizo por fin y muerte del Duque don Luys su padre, pidiendo en el concurso de acreedores del susodicho, que de los bienes libres que auia dexado se le pagassen 570869. reales que auia lastado, y pagado a diuersas personas, corriendo la satisfacion de ellas por cuenta del dicho Duque don Luys su padre, siquidem es cierto, que auiendo adido la herencia con bene-

beneficio de inventario, quedaron sin confundirse las acciones contra la herẽcia para pedir en virtud de ellas, *vt in l. cum scimus, §. in computatione, vers. Si verò, C. de iur. deliberand.* Carleual *tom. 2. tit. 3. disput. 13. num. 1.* Marescot. *lib. 1. variar. cap. 37. num. 1. & 2.* Thesaur. *lib. 3. quæst. forens. quæst. 44.*

80 ¶ Y aunque la demanda que el Duque puso pidiendo la pena convencinal no dize que lo haze como hijo, y heredero de su padre, siempre es visto el auer deduzido el dicho derecho por el medio mas vtil, y de que necessitaua para su validacion, *argument. text. in l. duo fratres 77. ff. de adquirenda hæredit. l. 3. ff. de militar. testament.* Aymon Crauet. *cons. 24. nu. 13.* Dom. Lara *de anniuers. & Capellan. lib. 2. cap. 9. nu. 21.*

81 ¶ Y si el de heredero fue preciso, este se deue entender està deduzido, y assi lo declarò el Duque en el nueuo poder que diò para que se continuasse la dicha demanda en veynte y quatro de Mayo de 651.

82 ¶ Sin que a lo referido pueda obstar la disposicion de la *l. vt debitum 5. C. de hæredit. vel accion vendita, l. 18. tit. 6. part. 6.* ibi: *Renunciar puede el heredero la herencia en dos maneras, por palabra, ò por fecho; por palabra, como si dixesse ante que entrasse en la heredad, que nõ la queria recebir; è de fecho, como si ficiesse algun pleyto, ò postura, ò alguna cosa en la heredad, ò en los bienes de ella, non como heredero, mas como estraño, è como hombre que lo quiere auer por otra razon.*

83 ¶ Porque la disposicion de esta ley se entiende, quando el heredero es estraño, y no tiene acetada la herencia, porque teniendola, es sin duda que conservò las acciones para pedir, sin em-

embargo de ser heredero, vt latè notauimus supra, nombrando defensor a la herencia, para con el poder substanciar el juyzio, vt cum pluribus concludit Carleual *tit. 3. disput. 13. per tot.*

84 ¶ Y de que la dicha ley de Partida hable del heredero estraño, patet ex hac contextura, pues en el segundo caso, quando por su mismo hecho repudiò la herencia, no puede acetarla despues, y este es el caso de la *l. quod si minor 14. §. Scœbola, ff. de minorib.* a diferencia del hijo, que conforme a la *l. fin. C. de repud. haredit.* y la *l. vltima, del tit. 6. part. 6.* puede despues acetarla, etiam si sit maior viginti quinque annis, vt affirmat Acosta *in cap. si pater 2. part.* verbo, *& consequenter, num. 116. 2. column.* Alvar. Valasc. *de part. cap. 15. num. 52. cum sequent.* Dom. Larrea *decis. 59. num. 30.* Zeuall. *comm. contra comm. quæst. 205. & 627.* Morla *in empor. tit. 5. quæst. 2. num. 6. & quæst. 9. num. 11. & tit. 8. quæst. 24. num. 8.*

85 ¶ En cuya consideracion poco importa que el Duque don Antonio, por muerte del Duque don Luys su padre, saliesse pidiendo como acreedor, porque no por esto perdiò el derecho de heredero, pues, como queda ponderado, fueron compatibles en el mismo sujeto la accion, de acreedor, y de heredero a la dicha herencia.

86 ¶ Ademas de que, en mi corto entender, el Duque don Antonio para la demanda que propuso no necessitò de la calidad de heredero de su padre, porque independiente de ella, como sucessor en los Estados de Baena, y Cabra, le tocaua, y pertenecia la pena convencional que deduxo en ella, y lo mismo procede en el Duque don Frãcisco, que oy es, que ha salido mostrandose parte, y presentando poder, lo qual se verifica, y prueua, satis concludenter.

87 ¶ Lo primero, porque la dicha pena convencional no se puso solo a fauor del Duque don Luys, que intervino en la dicha transacion, si no tambiẽ de todos los sucessores en los dichos Estados de Baena, y Cabra, vt videre est in dicta transactione. Ademas de ser ajustado en la disposicion de derecho, el que en los contractos se adquiera, no solo a si, si no para sus herederos, text. *elegan. in l. pactum 9. ff. de probat.* ibi: *Quia plerumque tam hæredibus nostris, quam nobis metipsis cauemus*, Petrus Surd. *decis. 322. num. 30. cum sequentib.* Cancer. *variar. resolut. part. 3. cap. 7. num. 356.*

88 ¶ Lo segundo, porque poco importa que la contrauencion a la dicha transacion huuiesse sido en el tiempo del dicho Duq̃ don Luys, porque no por esso se le adquirio al susodicho el acciõ para la dicha pena convencional absolute, sino a aquel sucessor de la dicha casa que la pidiere, y a cuyo fauor se declarare por sentencia deuersele satisfazer, quod quidem comprobatur, *ex l. post contractum, ff de donat.* ibi: *Nisi condemnatio sequuta sit*; *l. explicandi, C. de accusat.* ibi: *Cuius finis in iudicis potestate, & motu situs est*, Bart. *in dict. l. post contractum, num. 16.* Barbos. *in l. diuortio, num. 36. ff. solut. matrim.* Dom. Larrea *allegat. 37. num, 4. cum seqq.*

89 ¶ Lo tercero, porque aquestas penas para que se deuan es necessario que preceda sentencia declaratoria, *vt in cap. cum secundum leges, de hæretic. lib. 6. l. eius qui delatorem, ff. de iur. fisc. cap. licèt Episcopus de Prabend, in 6.* Do. Couarr. *in regul. peccatum, 2, part. §. 5. num. 2. & §. 8. num. 4.* Castro *de hæreticorum punit. lib. 2. cap. 6. & de leg. pœnal. lib. 2. cap. 9. & cap. 15.* Morla *in empor. part. 1. tit. 1. numer. 35. cum sequentib.*

90 ¶ Y en terminos de pena convencional lo resuelven Vazquez *in prax. 2. tom. 2. disput. 173. cap. 1.* Lesio *lib. 2. cap. 20. dubio 15. num. 136.* Layman. *lib. 3. section. 5. tract. 4. cap. 16. nu. 11.* Dian. *tract. de contract. resolt. 29.* Pater Thomas Sanch. *de matrim. lib. 1. disput. 37. num. 4.* ibi: *Tertia sententia ait, non deberi pœnam convencionalem ante iudicis sententiam, & hanc existimo probabiliorem,* Dom. D. Ant. Cabrer. *de pœn. tripli. cap. 3. num. 24. alios referens.*

91 ¶ Lo quarto; porque a lo referido conduze la dificultad que en terminos de la *l. 18. tit. 5. lib. 9. Recopil.* mueuen los Autores del Reyno para decidir a quien toca la pena del tres tanto que por disposicion de la dicha ley se le impone al que comete fraudes en las cuentas que da, en que aplica la vna tercia parte para la persona que lo denunciare, de que naze la duda, y controversia principal: vtrum, aquella tercia parte se deuerà al Fiscal que lo denunciò, y que dexò de seguirlo por auerlo promouido a mayor puesto, ò a aquel que siguiò el pleyto, y en cuyo tiempo se concluyò, y pronunciò sentecia declarãdo se deuia satisfazer dicha pena; en lo qual la resoluciõ mas cierta, y ajustada a la disposicion de derecho es, que se deue la dicha pena a aquel en cuyo tiempo el negocio se feneciò, y en que se pronunciò sentencia declarando se deuia; vt affirmat Mõtalu. glos. verbo, *tres quintos, in l. 4. tit. 17. lib. 4. for.* Auil. *in cap. 115. Prator. num. 36. & 37.* D. Molin. *de primog. lib. 3. cap. 11. ex num. 20.* Alter Molin. *de justit. & iur. disput. 635. num. 12.* Baeça *de decimi. cap. 28. num. 19.* Barbos. *in l. diuortio, §. si vir, ex num. 44. ff. solut. matrim.* Gutierr. *de tutell. 3. part. cap. 24. num. 17. & 20.* Azeued. *in l. 2. num. 9. tit. 26. lib. 8. Recop.* Guidon Papa *quæst. 535.* Ioann. Papon. *lib. 3. tit. de arrest. 9.* Arismin. Tepat. *lib. 2. variar. tit. de public. & commis. collat. 9. ad fin. prexim 61.* Bald. *in l. vltim. num. 9.*

C. de

C. de fruct. & litium expens. Immol. Aretin. & Alex. in dict. §. si vir, Bertrand. cons. 214. volum. 2. Afflict. in cap. 1. quæ sicut Regal. verb. pœnarum, num. 37. Vall. in l. si Imperium, num. 26. ff. de iurisd. omn. iudic. Rebuff. in l. 3. num. 2. C. de subcepit præposit, & Archa. lib. 10. Campek. de dote, 2. part. quæst. 35. Guillerm. Benedict. in cap. Rainunt. de testam. verbo, cæterà bona, num. 38. Peregrin. de iur. Fisc. lib. 6. tit. 5. num. 44. Surd. cons. 227. num. 21. volum. 2. Tusch. practicar. tom. 4. liter. I. conclus. 431. n. 13. & 14. Caualcan. decis. 267. nu. 15. Cost. de rat. rat. quæst. 54. num. 3. & 7. Fulu. Constant. in l. 1. C. de pœn. Fiscal. credit. præferend. lib. 10. num. 30. Mastrill. decis. 12. Doctor D. Antonio Cabrer. merit. Consil. in hac Regal. Cancellar. & ad maiora promouendus, in suo tractat. de pœn. tripli. cap. 24. num. 1.

92 ¶ De cuyo sentir es asimismo Dom. Larrea allegat. 37. adonde auiendo desde el nu. 1. cum seqq. ponderado los fundamentos que puede auer por la contraria opinion, num. 8. resuelve por la opinion referida, ibi: *Sed contraria sententia, ut competat pœna illi, cuius tempore exactio pœnæ facta fuit pluribus iuribus, & authoritatibus comprobatur.*

93 ¶ Y aunque de contrario sentir son Mieres de maiorat. 4. part. quæst. 24. num. 10. adonde en terminos de posseedor de mayorazgo mueue la duda, y la resuelve en fauor del que era posseedor del mayorazgo al tiempo que se cometiò el delito; y del mismo sentir es Petrus Cabal. cas. 267. num. 20. Gutierr. de tutel. 3. part. cap. 24. num. 25. Gribel. decis. Dolan. 140. estas autoridades estan comunmente reprouadas, como en los mismos terminos, respondiendo a ellas, lo resuelve Dom. Larrea dict. allegat. 37. num. 35.

94 ¶ Todo lo qual se ajusta indiuidualmente

mente a los terminos de la pretension del Duque; porque lo que pide es, la pena convencional puesta en la escritura de transacion por el Duque don Luys, por si, y de todos los demas sucessores de su casa, y Estados de Baena, y Cabra; la qual no se deue menos que auiendose declarado por sentencia el deuerse satisfazer, vt notabimus supra num. el Duque don Luys omitiò el pedirla, pero por su omision no quedò excluydo el Duque don Antonio su hijo de poderla deduzir, como cõ efecto lo hizo, y assi fue parte para hazerlo independiẽte de la herencia de su padre; como lo es oy tambien el Duque don Francisco, y a cuyo fauor se declarará tocarle, y pertenecerle la dicha pena, por ser en su tiempo quando se pronuncia la sentencia, condenando al dicho Marques en ella. Y assi de todo resulta clara, y notoriamente ser el Duque parte legitima para la dicha demanda de qualquiera forma que se quiera considerar.

TERCERA EXCEPCION.

95 ¶ Pretende el Marques, que la transacion referida no le pudo causar perjuyzio por no auer intervenido en ella, mayormente quando se trataua del perjuyzio suyo en cosa de tanta cõsideracion.

96 ¶ Porque se responde, que todo lo referido cessa quando la transaciõ se hizo con facultad, y a prouacion de su Magestad, y entre personas grandes, porque con estas circunstancias la transacion es valida, y causa perjuyzio a los sucessores siguientes; *vt in cap. 1. de transact.* ibi: *Vires plenissimæ notionis ex nostra authoritate suscipiat*, Dom. Molin. *lib. 4. cap. 9. num. 20.* ibi: *Hæc autem regula, quod scilicet de rebus maioratus subiectis, nec compromitti, nec etiam transigi valeat, multipliciter limitatur. Primò, nisi ad id Regia facultas interueniat. Regia, namque facultate*

interueniente nulli dubium, nisi quod id fieri valeat, dummodo causa legitima ad id efficiendum interueniat: veluti si lites sint inter Magnos Principes, & Proceres, atque Primates, estque sit diu duratura, scandalaque ex illa exoriri sperantur, vel alia similis causa currat. Et ibi Addit.

97 ¶ Lo qual se ajusta a los terminos de nuestra transacion, pues esta se hizo con facultad, y aprouacion de su Magestad, condenando en la pena conuencional al sucessor que contrauiniera a ella, assi auiendo sucedido en los bienes, y mayorazgo que le entregauan, como antes de suceder, vt constat in dicta approbatione, *memor. fol. 5. in med.* ibi: *Y mando, que si el dicho don Luys, ò sus hijos, ò sucessores en su derecho, ò otra persona, que despues de el huuiere de auer los dichos bienes de que le funda dicho mayorazgo, fueren, ò vinieren contra el dicho assiento, y concierto, y renunciacion hecha en el dicho Duque, y Duquesa, y en sus descendientes, y sucessores, y boluieren a proseguir el dicho pleyto, ò de nueuo pusieren demanda a la dicha Duquesa, y Duque, ò a quien despues de ellos sucediesse en su casa, y Estado; sobre los dichos mayorazgos, villas, y bienes, sobre que era el dicho pleyto, ò qualquiera cosa, o parte de ello, que por el mismo hecho ayan caydo, è incurrido en las penas contenidas en la transacion, en las quales les dà por condenados.* Y luego passa diziendo, que pierda los bienes, y ninguna mayor causa q̃ la duda del pleyto.

98 ¶ Sin que de la dicha pena le pueda escuar el pretender, que para impugnar la dicha transaciõ tuuo justas causas que para ello le obligaron, y que todas, y qualquiera de ellas es bastante para escusarle de la dicha pena, como en lo regular lo es, vt colligitur *ex l. 3. § generaliter de liber. hom. exhibendo Authent. omnes, C. com. de succes. glos. 1. in cap. 1. de elect. lib. 6.* Iulius Clar. *in §. fin. lib. 5. quæst. 6. à num. 1.* Bursat. *cons. 279. nu. 12.*

num. 12. Farin. *quæst. 30. numer. 157.*

99 ¶ Porque esta regla cessa en las penas convencionales, de las quales no escusa causa alguna, y esto es segun la mas verdadera opinion de todos; *ex gl. celeb. in l. si quis cum militaribus, C. de testam. milit.* Bald. *in l. non solum, ff. de reiuindic.* Corset. *in singular.* verb. *pœna*, Alexan. *cons. 119. lib. 2. num. 18. & cons. 43. lib. 6.* Iason *in l. qui Romæ, §. duo fratres, coll. 6. ff. de verbor. obligat.* Decius *in l. qui cum alio, ff. de regul. iur.* Bald. *in l. edita 2. lectur 8. oposit. C. de edend.* idẽ Bald. *in l. eos, §. cautione, col. 2. de appellat.* Curtius Senior. *cons. 67. coll. 19.* And. Tiraquell. *lib. 2. de retract. §. 1. glos. 7. num. 55.* Dom. Couarr. *in cap. quamuis pactum, part. 2. §. 5. num. 6.* ibi: *Et propterea frequentiori iuris vtrisque interpretum sententia obtentum sit, iustam causam non excusare à pœna conventionali; & si excuset à pœna legali.*

100 ¶ Fragos. *part. 1. lib. 5. disput. 13. num. 186. in medio,* ibi: *Vbi concluditur, quando expensæ petuntur ex conventione, seu promissione, iustam causam litigandi ab eijs non excusari probatur argumento pœnarum legalium, à quibus excusat causa iusta, non tamen à pœna conventionali,* Dom. Valenç. Velaz. *cons. 14. num. 18.* refiere las autoridades Dom. Præsident. Couarr. y aunque refiriendo a otros confiessa, que en el caso que escriuiò, la causa en que se fundaua, auia de escusar de la pena convencional, era caso distinto del de nuestra transacion, porque en el auia vna obligacion de hazer diligencia para que se aprouasse cierta venta por la muger del vendedor; la qual no quiso venir en ello, en que el marido hizo su diligencia, cuya dificultad, por auer el marido cumplido lo que estuuo de su parte; ponderaua el señor Valenç. que era causa bastante para escusarle de la pena convencional puesta, y bien se vè quan-

quan distinto es esto de los terminos de nuestra transacion, y de la condicion para que se puso la pena convencional; que fue, de que, no se auia de impugnar, ni contradezir en todo, ni en parte.

101 ¶ Ademas, de que la justa causa para no ser condenado en la dicha pena, y en costas, procede siendo, Reo, cæterùm, siendo Actor, aunque tuuiesse justa causa para litigar, no por esso se escusa, de las penas, y costas en que incurriò por el litigio, cuya diferencia se prueua de la *l. qui accusare, C. de edend. §. omnem, in Authent. de litig. cap. si etiam 2. quæst. 8.*

102 ¶ Menoch. *de præsump. lib. 2. quæst. 90. num. 1.* Fragos. *dict. part. 1. lib. 5. disput. 13. num. 177.* adonde auiendo propuesto, an Actor cum habuerit iustam causam litigādi, sicut excusatur Reus ob iustam causam litigandi, y fundadolo por la opinion afirmatiua, hęc verba profert: *Oppositum tamen est verius, nimirum, hoc habere locum in Reo, nō verò in Actore, ideò Actorem nunquam excusari a condemnatione expensarum etiā si videatur habuisse iustam ignorantiam.*

103 ¶ Y quādo todo lo referido cessara, el Marques no tuuo justas causas para impugnar la dicha transacion, y que en fuerça de ellas se le aya de escusar de la pena convencional, y daños que se le piden.

104 ¶ No lo es bastante el dezir, que consultò a los mayores Abogados que tenia la Chancilleria entonces, y que de ellos està firmada la demanda, y que siendo todo punto de derecho, a los Abogados era aquien tocaua el resolverlo, y al Marques executar lo que ellos disponian, etiam, aunque fuesse injusto, vt concludit Salicceto *in l. fin. C. de pœn. iudic. qui male iudicant,* Alexand. *cons. 64. num. 4. volum. 1. & in l. 2. ff. quod*

ff. quod quisq. iur. num. 9. Iason *nu. 4.* Dom. Gregor. Lopez *in l. 3 glos. penult. tit. 21. part. 3.* Burgio *de modo procedend. ex abrupt. quæst. 81. num. 9.* Farinac. *quæst. 111. num. 470.* Giurb. *cons. 31. num. 6.*

105 ¶ Porque las dichas autoridades se entienden en los assessores necessarios, cæterũ; quando voluntariamente se consultò al Abogado para impugnar la transacion, y contravenir a ella, el parecer de los dichos Abogados no le puede escusar de la pena en que incurriò, vt concludit Abb. *in cap. super quæstionum, §. verum,* & ibi Felin. *num. 9. de offic. delegat.* Ioan. Andr. *in cap. nullus, ex cons. de regul. iur. in 6. num. 6.* Iason *in l. si convenerit, ff. de iurisd. omn. iudic. nu. 19.* Bald. *in l. iuris ignorantia, n. 4. C. qui admittat.* Cancer. *lib. 2, cap. 2. num. 148.* Marth. *decis. 93. num. 12.* Fontan. *de pact. claus. 4. glos. 10. part. 1. num. 164.* Bobadill. *lib. 1. cap. 12. num. 42,* Giurb. *dict. cons. 31. num. 10.*

106 ¶ Y la razon de esto es, porque el que voluntariamente contradize es menospreciador del contrato, y de la autoridad del Principe que lo aprouò, su voluntad que, y que fue observasse, prohibiendo el que se contradixesse, è impugnasse; imponiendo la dicha pena convẽcional al que lo contrario hiziesse, vt concludit Geminian. *in cap. Metropolitanum 2. quæst. 7.* Archidiac. *in cap. quicumque, distinct. 56.* Felin. *in cap. cum quidam de iur. iurand. num. 7. cap. si quis de maiorit. & obedient. cap. 1. nu. 22. de constit.* Costa *in cap. 1. de iudic. num. 4. & de scient. & fact. ignor. inspect. 85. nu. 13.* Nauarr. *in Manual, cap. 23. num. 42.* Paris. *cons. 41. nu. 24.* Menoch. *de arbitr. cas. 416. nu. 29. & lib. 5 præsumpt. 44. num. 8.* Decian. *cons. 14. num. 11. vol. 3.*

107 ¶ Tum etiam, porque no auia pũ-

to de derecho, ni dificultad alguna en la pena cõvencional, porque notoriamente le constaua al Marques el que incurria en ella por el mismo hecho de que impugnaua la transacion, pues las palabras della, en quanto a esto son bien claras, como queda referido, y assi auiendola impugnado con el conocimiento que tuuo de la dicha pena, en duda se deue presumir que lo hizo para menospreciar el contracto, y la pena en el puesta, Felin. *in cap. cum quidam, num. 7. de iur. iurand.* Menoch. *lib. 5. præsumpt. 44. nu. 16.* Giurb. *cons. 34. num. 30. in fin.*

108 ¶ Por lo qual en los terminos mismos Flores de Men. in addit. ad Gam. *decis. 38. num. 3. in fin.* Resuelve, deue pagar la pena, sin embargo de auer impugnado el contrato por parecer de Abogados, ibi: *Nõ credo tamen, quod id excusaret, quando staret scriptura, quæ imponeret pœnam commissi, nam tunc erat notorius error, quem cliens suspicari debebat.*

109 ¶ Cæterum, lo referido procede quando el parecer, y consejo que los dichos Abogados dieron fue de que el Marques podia impugnar la dicha transacion, y seguir el dicho pleyto, sin incurrir en la pena convencional sobre que aora se litiga, y esto no fue assi, porque solo consta de que pusieron la dicha demanda, firmada de quatro de los mejores Abogados que entonces auia en la Chancilleria, pero no de que le asseguràssen al Marques de que no incurriria en la pena convencional; y lo mas verosimil es, de que auiendo los dichos Abogados, asseguràndole su pretension en quanto a la buena justicia en lo principal, para el Estado de Baena, y Cabra, y grandeza que el Duque possee, se resolviesse el Marques a perder la cantidad de la pena convencional, por conseguir lo mas, que era la grandeza, y Estado, si vencia. Y no es de presumir, que Abogados tan grandes auian de omitir el reparo tan justo que deuieron hazer, en que si el Marques

ques contrauenia incurria en la dicha pena, y que esta, conforme a la disposicion de derecho que queda ponderada, se deue pagar.

110 ¶ Y supuesto, que sin embargo de lo referido, el Marques, con el conocimiento de la dicha pena, pulo en execucion el salir prosiguiendo el pleyto transigido, el mismo fue quien expressamente quiso sujetarse a la paga de vna cantidad tan grande, pues si quisiera lo contrario no lo hiziera, *vt in l. Imperatores, ff. de iure Fisc. ipse te huic pœna subdidisti, & in l. fin. C. ad leg. Iul. Maiestat.* ibi: *Nã ex quo scelerissimum quis consilium capit, exinde, quodadmodum sua mente punitus est, & l. fin. C. de collat. fundor. patrimon. lib. 11.*

111 ¶ No lo es tampoco la segunda de dezir, que para la transació no fue citado el Marques, y que siendo su derecho independiente del que pretendia su padre, no le ha de causar perjuyzio a su derecho, *vt in l. 3. ff. de transact. l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2.*

112 ¶ Porque a lo referido se responde, que las dichas doctrinas proceden en lo regular de las transaciones, no empero quando se hazen con autoridad del Principe, aprouandola por su facultad Real, siquidem, es cierto que entonces es valida, y causa perjuyzio a todos los sucessores que pretendian tener derecho, vt notauimus supra num.

113 ¶ Sin q̃ para esto fuesse necessaria citació del dicho Marques, y demas inmediatos sucessores, porque la autoridad, y grandeza de el Principe, segun la mas verdadera opinion, no se sujeta a esta formalidad de derecho para expedir semejantes facultades, porque basta que al Principe le conste de la causa, vt in terminis concludunt

dunt Addit. ad Dom. Molin. *lib. 3. cap. 3. nu. 22. cum ſeqq.* latè Noguer. *allegat. 32. num. 189. cum ſequentibus.*

114 ¶ Y aunque, ſegun opinion de muchos, no porque ſe aya aprouado la tranſacion por el Principe, no por eſſo quedaron excluydos de oponer las excepciones que por derecho les competia, vt affirmat Nouar. *lib. 1. Forenſ. quæſt. 38. num. 12.* Larata *conſ. 43. nu. 3.* Peregrin. *art. 51. num. 89.* Manent. *deciſ. 7. nu. 50. cum ſeqq.*

115 ¶ Eſto ſe limita. Lo primero, quando la tranſacion eſtuuo en obſervácia muchos años, como lo eſtuuo la tranſacion de la pena convencional, deſde el año de 1583. haſta el año de 1613. que ſon 30. años, vt concludunt Addit. ad Dom. Molin. *libr. 4. cap. 9. num. 31. in medio.*

116 ¶ Lo ſegundo, quando el Principe con conocimiento de cauſa, & ex certa ſcientia, confirmò la tranſacion, vt affirmat Archid. & Ioan. Andr. *in cap. 1. de pact. in 6. num. 3.* ſub verbo, *derogata*, Alexand. *conſ. 240. num. 10. lib. 6.* Afflict. *deciſ. 403. num. 9. & in cap. quæ ſint Regalia, num. 20.* Crauet. *conſ. 5. num. 2. & conſ. 253. num. 8.* Cephal. *conſ. 77. num. 9. & 10. lib. 1.* Menoch. *conſ. 1. num. 355.* Peregrin. *conſ. 102. nu. 41. lib. 4.* Ludolph. Scrader. *conſ. 1. nu. 416.* verſ. *Attamen præcedens opinio, & num. 463.* verſ. *Prætereà, lib. 1.* Lo tercero, ſe limita quando el Principe vſò de la palabra de, *plenitudine poteſtatis*, porque entonces no ſe puede reuocar el acto en que ſe puſo, por ninguna cauſa, Petra *de poteſt. Princip. cap. 3. quæſt. 2. num. 4.* Peregrin. *de fideicommiſ. artic. 52. num. 121.*

117 ¶ Quarto, & quinto limitatur, quando adeſt clauſula ſuplens omnes defectus, y quan-

quando la transacion es geminada, quia tunc nullatenus dispositioni contravenire licet; vt concludunt Abb. *cons. 62. num. 4. lib. 1.* Alex. *cons. 92. num. 3. cum sequentib. lib. 6.* Gram. *cons. 100. num. 43.* Angel. *cons. 368. num. 3. vers. 6.* Addit. ad Dom. Molin. *dict. lib. 4. cap. 9. num. 33.* cuyas circunstancias son las que intervieneron en la dicha facultad, y assi quomodo cũque conside etur no huuo causa justa para auer impugnado la dicha transacion.

QVARTA EXCEPCION.

118 ¶ Pretende el Marques, que era menor al tiempo, y quando contravino a la transacion, por loqual le compete el beneficio de restitucion que tiene pedido contra todo lo que obrò, y executò para que no le pueda perjudicar en manera alguna, *l. 3. §. si hæres, ff. de minor.* Mieres *2. part. quæst. 4. illat. 8. num. 162.* Dom. Castill. *lib. 5. cap. 127. num. 26.* Fontan. *claus. 6. glos. 3. part. 4. num. 38.* Surdo *decis. 216. nu. 18.*

119 ¶ Y que esto procede con mayor razon atendiendo, a que lo que executò fue initado, y persuadido a instancia de su padre, que era Cauallero de aspera, y terrible condicion, por lo qual todos los actos que hizo fueron nulos; y por ello no merece pena, *vt l. 1. §. persuadere, ff. de servo, corrup.* Alexand. Ludouis. *decis. 326. num. 12.* Honded. *cons. 29. sub num. 36. lib. 1.* Felin *cons. 14. num. 8.*

120 ¶ A que se responde. Lo primero, que esta excepcion, y las demas quedan desvanecidas con lo que antecedentemẽte queda ponderado, supr. num. Lo segundo, que de la contrauencion, y demas actos que hizo el Marques en contrauencion de ella no le puede aprouechar la restitucion que tiene pedida, *vt in l. Pater Seuerinam, ff. de condict. demonstrat. l. 2. C. de Instit. & sust.*

& subst. cap. verum de condict. apposit, latè Dom. Larrea *decis. 59. num. 6. cum sequentib.* en los terminos de otra contravencion, a la voluntad del fundador de vn mayorazgo, contra la qual pretẽdian despues valerse del beneficio de la restitucion para no auer incurrido en la pena. Y en el *nu. 12.* refiere la determinacion, en que se declarò no auer lugar el beneficio de la restitucion pedida, ibi: *In quo oppinionum conflictu Senatus restitutionem denegandam decreuit, ne voluntas institutorij primogenis eludatur*, cuya resolucion procede sin duda alguna en los terminos de nuestro pleyto, atendiendo a que el Marques no auia cumplido con lo que deuia hazer, que era estar, y passar por la dicha transacion sin impugnarla, præsumitur esse in dolo, *l. si procurationem*, *§. dolo*, *l. dolus, ff. mandati, l. 2. §. item quæro, ff. de dol. mal. & met. excep. l. ait Prætor, §. si quis particeps, ff. quæ in fraud. credit. l. non potest dolo carere, ff. de reg. iur.* y consiguientemente no le puede aprouechar el beneficio de la dicha restitucion, vt latè concludit ipse Dom. Larrea *dict. decis. 59. nu. 15. cum seqq.*

121 ¶ Lo tercero, que no era menor, como consta de la Fe de Bautismo presentada en el dicho pleyto.

122 ¶ Y en quanto a lo segundo del miedo, y fuerça de que se vale, se responde. Lo primero, de que este no se presume, y el que de el se vale lo deue probar plenamẽte, vt concludit Mascard. *de probat. conclus. 105. num. 1. cum sequent.* Farin. *in fragm. 2. part.* verbo, *metus, num. 167.* Augustin. Barbos. *in l. cum te, C. de his quæ vi, num. 5. & voto 1. num. 97.*

123 ¶ Lo segundo, que el miedo reuerencial, por si solo no es bastante para rescindir los contractos donde se pretende interviene, *l. ad inui-*

inuidiam 6. C. de his quaevi. Dom. Couarr. *de sponsal. 2. part. cap. 3. §. 6. num. 7. & 8.* Dom. Molin. *lib. 2. cap. 3. num. 9.* Gutierr. *de iuram. part. 1. cap. 1. num. 15. & cons. 16. num. 16.* & cum alijs pluribus latè Barbos. *in dict. l. ad inuidiam 6. C. de his quaevi.*

124 ¶ Y solo en tres casos puede ser bastante el miedo reuerencial. El primero, quando las persuasiones fueron demasiadas, y repetidas, vt latè docet Sanchez *de matrim. lib. 4. disput. 7. per tot.* Dom. Castill. *lib. 3. cap. 1. num. 105. cum sequentib.*

125 ¶ El segundo, quando junsto con el miedo reuerencial concurrunt minæ, vel verbera, *glos.* verbo, *quolibet in l. metus autem ff. ex quibus caus. maior.* Dom. Couarr. *dict. 2. part. cap. 3. §. 6. num. 4.* Dom. Castill. *dict. lib. 3. cap. 1. num. 153.* Barbos. *in dict. l. ad inuidiam, num. 4.*

126 ¶ El tercero, quando con el miedo reuerencial interuiene cessiõ enorme, è enormissima Zeuall. *quæst. 727. num. 21. & 25.* Morquech. *de diuis. bonor. lib. 1. cap. 9. num. 42.* Do. Castill. *dict. lib. 3. cap. 1. num 155.*

127 ¶ Cuyas circunstancias son las que no se han prouado por parte del Marques en manera alguna, en cuya consideracion no se deue hazer caso del miedo, y fuerça que el Marques opone, como ni tampoco de dezir, que quando puso la demanda no estaua posseyendo los bienes del mayorazgo que oy possee en virtud de la transacion que impugnò, porque esto no le puede releuar de la pena en que incurriò, por estar expressamente comprehendido en las palabras de la aprouacion, ibi: *Y si el que pidiere, y pusiere el dicho pleyto fuere de vuestros hijos, y descendientes, ò otra persona de los que han de auer los dichos bie-*

bienes, y no los posseyeren, ni huuieren aun venido a su poder, que por poner el dicho pleyto por el mismo hecho aya caydo, e incurrido en las penas de la dicha transacion, y aya perdido, y pierda el derecho que pudiere tener a los dichos bienes.

128 ¶ Y no es de consideracion si se dixere, que la dicha pena es excessiua, por lo qual se deue entender que se puso, potius ad terrorē, que no para que se executara, vt concludit Cyriac. *conclus. 101. num. 15.* referens alios. Porque se responde, que considerando la dicha pena convēcional respeto de la cosa principal q̃ se trāsigiò, que es a lo que se deue estar, vt notauimus supra, la dicha pena no solo es excessiua, si no muy moderada, y si siendo desta calidad no fue bastante para impedir al Marques el que impugnasse la transacion, si oy que no se le cōdenara en la dicha pena, se trata de su cobradça, era darle licencia para q̃ cada dia a su arbitrio saliera haziendo lo mismo, quod quidem admitti non debet.

129 ¶ De que resulta, de primo ad vltimum, no ser de consideracion alguna todas las excepciones de que se vale la parte del Marques, y que nos hallamos en los terminos de vna transacion contravenida, por lo qual se incurriò en la pena della, cuya exaccion, y cobrança es ajustada a la disposicion de derecho comun, y del Reyno, corrouorada de los Autores del Reyno que la coadjuuan, y defienden, y que quando todo cessara bastaua la aprouacion que su Magestad hizo, con palabras tan exuberantes en orden a que se executasse, y cobrasse, llegando el caso de la contrauencion, para que desta forma el Duque quedara assegurado en su grandeza, y Estados, y no sujeto a que cada dia le vejassen, y molestassen con pleytos sobre ello, ocasionandole gastos de tanta consideracion como tuuo en el primero, como con efecto le sucederà, si no se cobra la

pe-

pena convencional que se pide, para que otros no hagan lo mesmo, y a vn mismo tiempo se execute la disposiciõ de derecho, y se cumpla con lo que su Magestad manda, y al Duque se le conserve en su quieta, y pacifica possession, vt concludit Dom. Valençuel. Velazq. *cons. 70. num. 37. cum sequentibus.*

130 ¶ Y assi esperamos ha de ser en fauor del Duque la determinacion de la pena cõvencional que tiene pedida. Salva V. D. D. C.

L. D. Iuan Terrona Perea.